



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Construction Disputes in International Energy Infrastructure
Project Delivery: Re-Stating the Dispute Avoidance Objective of
the FIDIC Sub-Clause 20 Dispute Adjudication Board
Mechanism“**

Dissertation vorgelegt von Rüdiger Philipp Helmuth Tscherning, LL.M.

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

A. Hintergrund und Einführung in das „Dispute Adjudication Board“-Verfahren nach den Musterverträgen der FIDIC

Das zentrale Vertragsmuster des internationalen Bau- und Anlagenbaurechts sind die Verträge der FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseil*). Die Besonderheit des „Dispute Adjudication Board“-Verfahrens nach den FIDIC-Musterverträgen ist, dass Streitigkeiten projektbegleitend schon während der Bauphase durch ein sogenanntes „Dispute Adjudication Board“ entschieden werden.

Die besondere Komplexität von Energie- und Rohstoffprojekten erfordert eine schnelle Beilegung von Streitigkeiten, da diese Bau- und Anlagenbauprojekte meistens auf komplexen Langzeitverträgen beruhen. Somit ist die Vermeidung und die schnelle Beilegung von Streitigkeiten von besonderer Wichtigkeit, da die Parteien während der Auseinandersetzung weiter eng zusammen arbeiten müssen, um die Projektfertigstellung zu gewährleisten. Die Sachverhalte des internationalen Energie- und Rohstoffsektors lassen somit erahnen, dass den Beteiligten an großen Infrastrukturprojekten kein zeitnahe Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte oder durch Schiedsgerichte gewährleistet werden kann. Die Absicht, dass die Parteien mit Hilfe einer Entscheidung des Dispute Adjudication Boards die Streitigkeit durch Verhandlungen deeskalieren und auch lösen, ist von besonderer Bedeutung.

Die Entscheidung eines Dispute Adjudication Boards ist bindend, aber nicht endgültig bindend („*binding but not final*“). Streitigkeiten werden nach dem Verfahren der FIDIC-Verträge durch ein ICC-Schiedsgericht entschieden. Eine wesentliche Problematik ist, dass die Frage, auf welche Weise eine bindende Wirkung einer Dispute Adjudication Board-Entscheidung durchgesetzt wird, in den FIDIC-Verträgen nicht ausdrücklich geregelt wurde. Die Kernfragestellung der Dissertation lautet: Wie ist eine bindende, aber nicht endgültige Entscheidung eines Dispute Adjudication Boards zu behandeln, wenn eine Partei der Entscheidung nicht freiwillig folgt. Die Dissertation beschäftigt sich mit den möglichen Ansätzen eine bindende, aber nicht endgültig bindende Entscheidung durchzusetzen.

Forschungsfrage ist, ob der Dispute Adjudication Board-Mechanismus nach den FIDIC-Verträgen seinem Hauptziel, der Streitvermeidung dient oder durch schiedsgerichtliche und gerichtliche Beurteilungen effektiv entwertet worden ist, so dass das Verfahren dem Ziel eines deeskalierenden Streitbehandlungsprozesses nicht mehr gerecht wird. Die Streitvermeidung und die Deeskalation von Streitigkeiten sind zentrale Prioritäten des FIDIC Adjudication-Verfahrens. Eine Kernthese der Dissertation, dass der durch die Rechtsprechung der Gerichte in Singapur vertretene „*One-Dispute Approach*“-Ansatz die Deeskalationswirkung der FIDIC-Verträge entwertet.

Schwerpunktmäßig beschäftigt sich die Dissertation mit dem Englischen *Common Law* und untersucht dazu Entwicklungen in der Republik Singapur, Australien und Kanada. Die Arbeit befasst sich auch mit den wichtigsten Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte.

B. Gliederung der Dissertation

Die Dissertation gliedert sich in drei Hauptteile. Der erste Teil beschäftigt sich mit den Grundlagen der Streitbeilegung in Bezug auf größere Infrastrukturprojekte und mit Dispute Board Adjudication als Form der vertraglichen Streitbeilegung. Dispute Board Adjudication als Deeskalationsmechanismus (beinhaltet in einer Eskalationsklausel) wird in diesem Teil

untersucht. Der zweite Teil beinhaltet eine Untersuchung des FIDIC Dispute Adjudication-Verfahrens mit Bezug auf den internationalen Energie- und Rohstoffsektor. Der dritte Teil behandelt die rechtliche Problematik der Durchsetzung von Dispute Adjudication Board-Entscheidungen.

C. Zusammenfassung der Dissertation

Im Folgenden werden die wesentlichen Inhalte der Dissertation zusammengefasst.

1. Ausgangspunkt des Dispute Adjudication-Verfahrens ist, den Vertragsparteien eine schnelle und durch eine externe Einrichtung (dem Dispute Adjudication Board) eine neutrale Streitbeilegung zu ermöglichen. Dispute Adjudication ist ein baubegleitender Streitbeilegungsmechanismus. Grundgedanke des Verfahrens ist, dass das Projekt nicht durch Streitigkeiten und deren Streitbeilegung erstarrt oder gehindert wird und das Projekt somit zeitnah zu Ende geführt werden kann.
2. Das FIDIC-Verfahren setzt auf eine schnelle, effektive Lösung von Streitigkeiten, indem die Parteien einen neutralen Dispute Adjudication Board bestellen, der wiederum eine vorläufig bindende Entscheidung trifft („*binding but not final decision*“). Somit werden die Streitparteien in einer Verhandlungsphase gehalten mit der Absicht, die Streitigkeit projektbegleitend beizulegen und eine Eskalation der Streitigkeit zu vermeiden. Die Parteien können durch das Dispute Adjudication-Verfahren Projektverzögerungen und die damit anfallenden Kosten und Verzögerungen vermeiden.
3. Das Adjudication-Verfahren ist innerhalb einer sogenannten „*multi-tiered dispute escalation*“-Vertragsklausel in Art. 20 der FIDIC-Verträge enthalten.
4. Dispute Adjudication nach dem FIDIC-Verfahren ist eine rein vertragliche Streitbeilegungsmethode. Zweck des Verfahrens ist es, dass nur die schwierigsten Streitigkeiten vor ein Dispute Adjudication Board gelangen. Somit werden nur die von dem Dispute Adjudication Board ungelösten Streitigkeiten an ein ICC-Schiedsgericht weitergereicht.
5. Dispute Adjudication beruht auf einem „*Security of Payment*“- Mechanismus, der das Insolvenzrisiko durch eine Zahlungsobligation („*prompt payment obligation*“) auf die stärkere Vertragspartei verlagert.
6. Der FIDIC-Bauvertrag ist die Grundlage der Gerichtsbarkeit des Dispute Adjudication Boards und verdrängt für eine zeitlich begrenzte Zeit die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte oder die der Schiedsgerichte.
7. Der internationale Energie- und Rohstoffsektor ist ein streitintensiver Industriezweig. Am häufigsten treten Streitigkeiten bei Infrastrukturprojekten auf. Die Komplexität der Bauprojekte, die vielseitigen internationalen Dimensionen sowie die Anzahl an Projektparteien tragen wesentlich dazu bei, dass diese Projekte überproportional von Rechtstreitigkeiten betroffen sind.

8. Das Hauptrisiko bei Infrastrukturprojekten ist, dass sich die Fertigstellung durch Rechtsstreitigkeiten verzögert. Die streitenden Parteien riskieren dadurch auch, ihren Geschäftsbeziehungen zu schaden, besonders bei kapitalintensiven Großprojekten, wie sie in der internationalen Energie- und Rohstoffindustrie typischerweise anzutreffen sind.
9. Eine Entscheidung des Dispute Adjudication Boards hat bindende Wirkung, wenn keine der Parteien Einspruch (durch eine „*notice of dissatisfaction*“) erhebt. Wenn aber Einspruch erhoben wird, so ist die Entscheidung bindend aber nicht endgültig bindend. Dieser Interim-Status hat in der Rechtspraxis zu erheblichen Schwierigkeiten geführt, obwohl die Parteien laut Art. 20.4 FIDIC-Vertrag verpflichtet sind einer Entscheidung sofortige Wirkung („*prompt effect*“) zu geben.
10. Beachtet eine der Parteien die Entscheidung des Dispute Adjudication Boards nicht und verstößt somit gegen die vertragliche Verpflichtung, der Entscheidung sofortige Wirkung zu geben, so kann die andere Partei die Entscheidung durch ein ICC-Schiedsverfahren durchsetzen. Es handelt sich hierbei um eine weitere Eskalation der Streitigkeit.
11. Das FIDIC-Verfahren leidet an mangelnder Effektivität. Eine Reihe von internationalen Rechtsprechungen, insbesondere die Rechtsprechung der Gerichte der Republik Singapur im *Persero*-Dispute, haben dazu beigetragen, dass das Verfahren in seiner Effektivität geschwächt ist und dass verschiedene Ansätze bestehen, einer Dispute Adjudication Board-Entscheidung bindende Wirkung zu verschaffen. In der letzten Instanz der *Persero*-Reihe hat sich der Court of Appeal für einen sogenannten „*One-Dispute Approach*“-Ansatz entschieden. Diese Entwicklung wird in der Dissertation kritisch betrachtet.
12. Es bestehen zwei separate Streitigkeiten, wenn eine Partei versucht, eine „*binding but not final*“-Entscheidung durchzusetzen: erstens, die Streitigkeit aus der die Entscheidung hervorgeht; zweitens, die Streitigkeit, die aus einem Vertragsbruch entsteht, wenn die Partei nicht der vertraglichen Verpflichtung in Art. 20.4 FIDIC-Vertrag folgt (die „*prompt payment*“-Zahlungsobligation). Der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz vereint beide Streitigkeiten, indem der zweite Streitpunkt Teil des ursprünglichen Streitpunktes wird. Im Gegensatz hält der „*Two-Dispute Approach*“-Ansatz an einer Trennung fest, was den Zahlungsvergang beschleunigt und das Insolvenzrisiko mindert.
13. Die Entscheidung der Gerichte Singapurs in der *Persero*-Reihe erfordert einen weiteren Schritt, um die Adjudication-Entscheidung durchzusetzen. Der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz zwingt die erfolgreiche Partei dazu, die Entscheidung durch ein ICC-Schiedsverfahren durchzusetzen. Dadurch ist die Effektivität des Adjudication-Verfahrens erheblich begrenzt, da eine weitere zeit- und kostenintensive Eskalation der Streitigkeit dem Dispute Adjudication-Verfahren folgt.
14. Der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz stört auch den Grundgedanken des FIDIC-Verfahrens, Streitigkeiten zu deeskalieren und dadurch schnell durch die Parteien zu lösen. Das Verfahren wird verzögert und der durch das „*Security of Payment*“-Regime

entstandene Anreiz, die Streitigkeiten auf Ebene des Dispute Adjudication Boards zu deeskalieren, ist somit verloren.

15. Der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz ermöglicht es einem Schiedsgericht, die Entscheidung über die Zahlungspflicht auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen. Dadurch entwickelt sich ein weiteres Risiko für Streitigkeiten, da die Zahlungspflicht mit der ursprünglichen Streitigkeit der Parteien in einem und demselben Schiedsverfahren entschieden wird.
16. Der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz widerspricht somit dem Grundgedanken des FIDIC Dispute Adjudication-Verfahrens, da dieser Grundgedanke erstens einen Mechanismus zur schnellen Deeskalation von Streitigkeiten bei internationalen Bauprojekten darstellt und zweitens ein Verfahren welches durch einen effektiven und schnellen Zahlungsmechanismus weitere Streitigkeiten verhindert. Aus praktischer Sicht verzerrt der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz nicht nur den Grundgedanken des FIDIC-Verfahrens, sondern auch den Inhalt des aus einer bindenden, aber nicht endgültig bindenden Entscheidung entstehenden Schiedsverfahrens.
17. Wenn beide Streitigkeiten (die Nichtbeachtung der Adjudication-Entscheidung) und die ursprüngliche Streitigkeit zeitgleich von einem Schiedsgericht entschieden werden, so kann das Schiedsgericht in einer Interim- oder Teilentscheidung die Zahlungspflicht endgültig entscheiden, bevor es die ursprüngliche Streitigkeit als getrennte Frage entscheidet. In der Praxis gibt es wenig Anreiz dafür, dass ein Schiedsgericht diesen Vorgang auch wählt, insbesondere da der „*One-Dispute Approach*“-Ansatz beide Streitigkeiten als einen und denselben Streitpunkt dem Schiedsgericht als vorgelegt behandelt.
18. Die Dissertation argumentiert, dass grundsätzlich eine Neuauslegung des Dispute Adjudication-Verfahrens erforderlich ist, besonders im Hinblick auf die Komplexität und das damit verbundene Streitrisiko der Infrastrukturbauprojekte in dem internationalen Energie- und Rohstoffsektor. Die Dissertation kommt zu dem folgenden Schlussergebnis: Eine Neuausrichtung des FIDIC Dispute Adjudication-Verfahrens sollte angeregt werden. Der Vorschlag überzeugt auch dadurch, dass dieser Schritt dazu beitragen würde, den eigentlichen Grundgedanken des FIDIC Dispute Adjudication-Verfahrens als ein „*Dispute-Avoidance*“-Regime wieder als solches auszulegen. Somit würde der Schwerpunkt der Deeskalation von Streitigkeiten wieder in den Vordergrund gebracht.
19. Die Dissertation schlägt vor, das in den FIDIC-Musterverträgen enthaltene Dispute Adjudication-Verfahren zur Streitbeilegung bei Bauprojekten in der internationalen Energie- und Rohstoffindustrie durch einen Mustervertrag zu erweitern. Ein „*Model Legal Framework for Dispute Adjudication*“-Mustervertrag wird in der Dissertation angeregt und entwickelt.
20. Durch die Dissertation soll das Rechtsgebiet der alternativen Streitbeilegung weiterentwickelt werden und dadurch der Ausbau internationaler

Infrastrukturgroßprojekte, besonders in der Energie- und Rohstoffindustrie beschleunigt werden.